

# VU Research Portal

## De vertegenwoordiging van bestuurders en commissarissen van de BV en het persoonlijk karakter van hun functie. Naar een nieuw criterium?

ten Broecke, P.M.J.H.

### ***published in***

WPNR

2019

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

### ***document license***

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

ten Broecke, P. M. J. H. (2019). De vertegenwoordiging van bestuurders en commissarissen van de BV en het persoonlijk karakter van hun functie. Naar een nieuw criterium? *WPNR*, 2019(7248), 547-553.  
[https://opmaat.sdu.nl/book/SDU\\_SDU\\_GENERIC\\_g\\_IMPRWPNR\\_20190872483/g\\_IMPRWPNR\\_20190872483](https://opmaat.sdu.nl/book/SDU_SDU_GENERIC_g_IMPRWPNR_20190872483/g_IMPRWPNR_20190872483)

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# De vertegenwoordiging van bestuurders en commissarissen van de BV en het persoonlijk karakter van hun functie. Naar een nieuw criterium?

## 1. Inleiding

Algemeen wordt aangenomen dat de bestuurstaak en het commissariaat een persoonlijk karakter hebben.<sup>1</sup> Vanwege het persoonlijke karakter van hun taak, zouden bestuurders en commissarissen zich binnen de vennootschap slechts beperkt kunnen doen vertegenwoordigen.

De notie dat de bestuurstaak en het commissariaat een persoonlijk karakter hebben, vloeit niet direct voort uit de wet. Ook in de parlementaire geschiedenis zijn weinig aanknopingspunten te vinden voor deze stelling. In dit artikel bespreek ik hoe het persoonlijk karakter van de bestuurstaak en het commissariaat kan worden geconstrueerd (par. 2). Na een verkenning van opvattingen in de literatuur (par. 3) bespreek ik waarom het persoonlijk karakter van de bestuurstaak en het commissariaat geen geschikt criterium is om de mogelijkheid tot vertegenwoordiging te begrenzen (par. 4). Ik pleit voor het hanteren van een nieuw criterium, waarbij ik onder meer bespreek of een volmacht in een levenstestament voldoet aan dit criterium (par. 5).

Ik beperk mij tot een bespreking van de vertegenwoordiging van bestuurders en commissarissen ten aanzien van hun handelen *binnen de vennootschap*.<sup>2</sup> Het vertegenwoordigen van de vennootschap komt in dit artikel dus niet aan bod. Voorts beperk ik mij tot de besloten vennootschap. Hoewel veel van hetgeen ik hierna bespreek ook geldt voor andere vormen van vertegenwoordiging (zoals vertegenwoordiging op basis van opdracht en lastgeving), beperk ik mij – net als de in par. 3 aangehaalde auteurs – tot vertegenwoordiging op basis van volmacht.<sup>3</sup>

## 2. Aanknopingspunten voor het persoonlijk karakter van de bestuurstaak en het commissariaat

Tijdens de parlementaire behandeling van art. 2:4a BW (thans: art. 2:11 BW)<sup>4</sup> ontstond discussie over het antwoord op de vraag of rechtspersonen kunnen optreden als commissaris. Het antwoord luidde ontkennend, want volgens de minister van Justitie bestaan er bezwaren tegen het benoemen van rechtspersonen in functies die een persoonlijke taakvervulling eisen.<sup>5</sup> Tegen de achtergrond van het hiervoor aangehaalde kamerstuk, kan als bezwaar worden genoemd



Mr. P.M.J.H. ten Broecke\*

dat het voor de in de onderneming werkzame personen moeilijker wordt de voor het beleid verantwoordelijke personen te vinden.<sup>6</sup> Rechtspersonen kunnen daarom niet optreden als commissaris (art. 2:250 lid 1, tweede zin BW). Omdat ten aanzien van rechtspersoon-bestuurders reeds een praktijk was gevormd en deze figuur grote praktische voordelen had, werd de figuur

\* Docent/onderzoeker Notarieel recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.  
(p.m.j.h.ten.broecke@vu.nl)

1. Zie par. 3 hierna.
2. Denk bijvoorbeeld aan de bestuurder die een stemvolmacht geeft aan zijn medebestuurder voor de besluitvorming in een bestuursvergadering.
3. Zo komt vertegenwoordiging ten aanzien van het ondertekenen van de jaarrekening (art. 2:210 lid 2 BW), het ondertekenen van het fusievoorstel (art. 2:312 lid 3 en 4 BW) en het ondertekenen van het splitsingsvoorstel (art. 2:334f lid 3 en 4 BW) in dit artikel niet aan bod. Hoewel ik meen dat vertegenwoordiging ten aanzien van deze handelingen mogelijk is, is het ondertekenen van dergelijke stukken een feitelijke handeling. Aangezien de figuur volmacht is beperkt tot rechtshandelingen (art. 3:60 lid 1 BW), gaat een bespreking van deze handelingen het bestek van mijn artikel te buiten.
4. Art. 2:4a BW werd voorgesteld in *Kamerstukken II*, 1980/81, 16631, 2. Na opmerkingen van de D'66-fractie (*Kamerstukken II* 1981/82, 16631, 5, p. 9) en de reactie van de minister van Justitie (*Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 17) werd het artikel gewijzigd in zijn huidige vorm (*Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 7; *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 11, herdruk). Met de Invoeringswet Boeken 3-6 Nieuw B.W. zesde gedeelte, bevattende de aanpassing van de Boeken 1 en 2 van het Burgerlijk Wetboek (kamerstuknummer 17725) werd het bepaalde in art. 2:4a BW verplaatst naar het huidige art. 2:11 BW.
5. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6 (MvA), p. 17.
6. Dit bezwaar werd in *Kamerstukken II* 1981/82, 16631, 5 (VV), p. 9 door de leden van de D'66-fractie naar voren gebracht. De minister van Justitie lijkt hierop terug te grijpen in het hiervoor aangehaalde *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6 (MvA), p. 17.

rechtspersoon-bestuurder ongemoeid gelaten.<sup>7</sup> Terecht merkt Huizink op dat dit getuigt van opportunisme; de functie van bestuurder vraagt in beginsel immers eveneens om persoonlijke taakvervulling.<sup>8</sup>

De vraag *waarom* het commissariaat een persoonlijke taakvervulling eist, blijft in de parlementaire geschiedenis onbeantwoord. Het duidelijkste aanknopingspunt voor het persoonlijke karakter van de bestuurstaak en het commissariaat is het feit dat bestuurders en commissarissen in functie treden door de aanvaarding van hun benoeming (art. 2:242-2:243 BW, 2:252-2:253 BW en 2:268-269 BW). Benoeming zal in de regel plaatsvinden met het oog op de specifieke kwaliteiten van de betrokkene;<sup>9</sup> het persoonlijke karakter van zijn taak is daarmee gegeven. Dat het persoonlijke karakter van de bestuurstaak en het commissariaat voorop staat, lijkt indirect te volgen uit het feit dat een voorziening als art. 2:227 lid 1 en 3 BW in afd. 2.5.5 en 2.5.6 BW ontbreekt. Op grond van art. 2:227 BW hebben aandeelhouders het recht om zich in de uitoefening van hun vergader- en stemrecht te doen vertegenwoordigen. Ondanks het feit dat een soortgelijk artikel voor bestuurders en commissarissen ontbreekt, kunnen zij zich óók doen vertegenwoordigen in de uitoefening van deze rechten. Het dwingende karakter van Boek 2 BW (art. 2:25 BW) brengt immers niet mee dat de regeling in Boek 2 BW uitputtend bedoeld is.<sup>10</sup>

### 3. In de literatuur genoemde beperkingen van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging

In de literatuur wordt aangenomen dat het persoonlijk karakter van de bestuurstaak en het commissariaat meebrengt dat bestuurders en commissarissen zich slechts beperkt kunnen doen vertegenwoordigen.<sup>11</sup> Zoals hierna zal blijken, zijn de in de literatuur genoemde beperkingen van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging niet eenduidig.

De bewerkers van het Asserdeel en het Handboek zijn het grotendeels met elkaar eens. Volgens Maeijer<sup>12</sup> en Van Solinge en Nieuwe Weme<sup>13</sup> brengt een behoorlijke taakvervulling mee dat bestuurders en commissarissen<sup>14</sup> zoveel mogelijk persoonlijk moeten deelnemen aan het overleg en de besluitvorming binnen de vennootschap. Voor het verlenen van een volmacht is daarom slechts ruimte als de functionaris verhinderd is aan de vergadering deel te nemen. De volmacht zelf moet betrekking hebben op een concrete en overzienbare situatie ten aanzien waarvan eigen oordeelsvorming en belangenafweging mogelijk is.<sup>15</sup> Van der Grinten<sup>16</sup> en Dortmund<sup>17</sup> voegen hieraan toe dat een bestuurder slechts volmacht

mag verlenen aan een medebestuurder. Dit standpunt wordt gevolgd door Maeijer en Van Solinge en Nieuwe Weme.<sup>18</sup> Dortmund noemt een extra beperking: de volmachtverlenende bestuurder moet volgens hem de agenda van de bestuursvergadering hebben gezien.<sup>19</sup>

Assink laat meer ruimte voor de omstandigheden van het geval. Volgens Assink moet de volmacht *in beginsel* zijn voorzien van een concrete steminstructie, op straffe van nietigheid van de volmacht (art. 3:40 lid 1 BW). Waar het uiteindelijk om gaat, is dat de stemvolmacht past binnen het raamwerk van de bestuurlijke taakopdracht<sup>20</sup> en het commissariaat.<sup>21</sup>

7. *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3 (MvT), p. 2-3, *Kamerstukken II* 1981/82, 16631, 5 (VV), p. 8-9 en *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 16-17.
8. J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen* (diss. Groningen; Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 7), Deventer: Kluwer 1989, p. 122. Eveneens kritisch: K.H.M. de Roo, 'De rechtspersoon als commissaris. Een (her)waardering van art. 2:140/250 lid 1 BW', *TvOB* 2015, afl. 3, p. 106-111, par. 4.1.
9. Dat deze persoonlijke kwaliteiten van bijzonder belang zijn, volgt voor 'gewone' commissarissen bovendien uit art. 2:252 lid 3 BW (informatie omtrent de aanbevolen/voorgedragen kandidaat) en voor commissarissen van de structuurvennootschap uit art. 2:268 lid 3 BW (profielgeschets). Dergelijke bepalingen ontbreken voor bestuurders.
10. W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit* (ZIFO-reeks, deel 2), Deventer: Kluwer 2011, p. 8-12.
11. Als uitzondering kan worden genoemd H.P.J.M. Coebergh, 'De gemachtigde van den directeur ener N.V.', *De Naamloze Vennootschap* 1949, afl. 1, p. 9-11. Volgens Coebergh kan de bestuurder van een familie-NV met besloten karakter een vertegenwoordiger aanwijzen die de directeur 'volledig' vertegenwoordigt.
12. Asser/Maeijer 2-III 2000/306.
13. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/423.
14. Asser/Maeijer 2-III 2000/348 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/496.
15. 'Un vote anticipé', zie Asser/Maeijer 2-III 2000/288 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/385.
16. W.C.L. van der Grinten, H.J.M.N. Honée & Th.C.M. Hendriks-Jansen, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 1992/233, p. 410-411.
17. P.J. Dortmund, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/233, p. 488-489.
18. Maeijer en Van Solinge en Nieuwe Weme sluiten zich hierbij aan in Asser/Maeijer 2-III 2000/306 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/423.
19. P.J. Dortmund, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/233, p. 489.
20. B.F. Assink, *W.J. Slagter Compendium Ondernemingsrecht (deel 1)*, Deventer: Kluwer 2013, §51.2, p. 926-927.
21. B.F. Assink, *W.J. Slagter Compendium Ondernemingsrecht (deel 1)*, Deventer: Kluwer 2013, §52.2, p. 1191.

Slagter gaat specifiek in op de bestuurstaak.<sup>22</sup> Slagter legt een verband tussen de persoon van de gevolmachtigde en de omvang van de volmacht. Een beperkte volmacht voor één bepaalde handeling kan geldig worden verleend aan medebestuurders en derden; een beperkte volmacht voor meer dan één bepaalde handeling is slechts geldig indien zij is verleend aan een medebestuurder. Een algemene volmacht is vanwege het persoonlijke karakter van de bestuurstaak altijd ongeldig. De volmacht mag eventuele statutaire beperkingen van de bevoegdheid van bestuurders niet doorkruisen.

Blanco Fernández en Buijn en Storm maken enkele opmerkingen over het commissariaat. Buijn en Storm<sup>23</sup> zijn van mening dat de statuten kunnen bepalen dat commissarissen aan medecommissarissen een volmacht kunnen geven als zij verhinderd zijn een vergadering bij te wonen. De volmacht moet zijn voorzien van een structuur en moet op schrift zijn gesteld. Blanco Fernández verzet zich tegen de opvatting van Buijn en Storm omdat de bevoegdheid tot volmachtverlening volgens hem inherent is aan het commissariaat.<sup>24</sup> Volgens Blanco Fernández brengt het persoonlijk karakter van het commissariaat mee dat 'blijvende' vertegenwoordiging niet is toegestaan.<sup>25</sup> Ik vat dit zo op dat commissarissen volgens Blanco Fernández geen doorlopende volmacht mogen verlenen. Het verlenen van een niet-doorlopende volmacht is toelaatbaar, zolang de volmacht voldoet aan eventuele nadere statutaire en reglementaire eisen.

#### 4. Het persoonlijk karakter is geen geschikte begrenzing van de mogelijkheid tot vertegenwoordiging

Zonder de hiervoor aangehaalde auteurs tekort te willen doen – voor het merendeel van de gevallen leidt hun benadering volgens mij tot een aanvaardbaar resultaat – meen ik dat het persoonlijk karakter van de bestuurstaak en het commissariaat geen geschikt richtsnoer is om te bepalen of vertegenwoordiging in een concrete situatie is toegestaan. Zoals in par. 3 immers duidelijk werd, stelt het persoonlijk karakter geen eenduidige grenzen aan de mogelijkheid tot vertegenwoordiging. De huidige lijn in de literatuur is volgens mij ook strikter dan noodzakelijk is; ik werk dit verder uit aan de hand van een paar voorbeelden.

Als ik de in par. 3 genoemde grenzen doortrek naar de bestuurder van een eenmans-BV (de directeur-grotoaandeelhouder), dan zou deze bestuurder geen doorlopende stemvolmacht mogen geven aan een derde. Ik vraag mij af of dit terecht is. Deze bestuurder is feitelijk niet benoemd door een ander orgaan, maar door de algemene vergadering waarin hijzelf de enige

stem heeft. Het lijkt mij dan ook wat vergezocht om aan te nemen dat deze bestuurder met het oog op zijn persoon is benoemd, als gevolg waarvan hij zich slechts incidenteel zou mogen doen vertegenwoordigen.

Hoe te denken over een bestuur dat wordt gevormd door rechtspersonen? Het lijkt mij moeilijk vol te houden dat de functie van rechtspersoon-bestuurders een persoonlijk karakter heeft. De rechtspersoon-bestuurders kunnen namelijk steeds een andere vertegenwoordiger naar de bestuursvergadering van de BV sturen (tenzij statutair anders is bepaald).<sup>26</sup> Bovendien kunnen de statuten van de rechtspersoon-bestuurder worden gewijzigd; als al kan worden gesproken van de 'persoonlijke kwaliteiten' van een rechtspersoon-bestuurder, dan stellen deze persoonlijke kwaliteiten weinig voor.

Bij joint venture-vennootschappen kan het verlenen van een doorlopende volmacht aan een van de joint venture-partners de samenwerking bestendigen. De kans op een succesvolle samenwerking wordt immers groter als de joint venture-partners niet voor elk besluit opnieuw met elkaar om tafel moeten, maar binnen zekere grenzen zelfstandig bevoegd zijn om namens elkaar te handelen. In de joint venture-overeenkomst kan worden neergelegd voor welke situatie(s) de partners elkaar een doorlopende volmacht geven.

22. W.J. Slagter, 'Vragenrubriek. Volmacht aan directeur naamloze vennootschap', *TVVS* 1964, afl. 11, p. 282-283.

23. F.K. Buijn & P.M. Storm, *Sanders/Westbroek BV en NV. Het nieuwe ondernemingsrecht* (Serie Recht en praktijk, deel 23), Deventer: Kluwer 1991, p. 177. Thans: F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*. (Recht en Praktijk, ONR4), Deventer: Kluwer 2013, p. 317.

24. J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij nv en bv* (diss. Maastricht; Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 19), Deventer: Kluwer 1993, p. 14, noot 37.

25. J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij nv en bv* (diss. Maastricht; Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 19), Deventer: Kluwer 1993, p. 13-14.

26. Men kan zich overigens afvragen of wisselende vertegenwoordiging wenselijk en werkbaar is. Wisselende vertegenwoordiging leidt namelijk tot fragmentarische kennis van hetgeen zich in (het bestuur van) de BV afspeelt en – in de woorden van C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg & W.J.M. van Veen, *Dijk/Van der Ploeg Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 315 – tot bestuurlijke discontinuïteit.



Verder neem ik aan dat het benoemende orgaan (doorgaans de algemene vergadering, art. 2:242 en 2:252 BW) de bestuurder of commissaris toestemming kan geven om zich te doen vertegenwoordigen op een andere manier dan is genoemd in par. 3. Het benoemende orgaan kan de vanwege zijn persoon benoemde functionaris bijvoorbeeld toestemming geven om zich gedurende de langere tijd of door een (eventueel specifieke) derde te doen vertegenwoordigen.

Ten slotte vraag ik mij af waarom het nodig is om de kring van vertegenwoordigers te beperken tot medebestuurders en medecommissarissen (zie par. 3). Weliswaar *moeten* zij zich net als de volmachtverlenende bestuurder of commissaris richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:239 lid 5 BW en art. 2:250 lid 2 BW), maar daarmee is niet gezegd dat een derde zich niet naar dit belang *kan* richten.

De bestuurder of commissaris die zich wenst te doen vertegenwoordigen, verdient volgens mij meer vertrouwen. Bestuurders en commissarissen worden door het benoemende orgaan in staat en geschikt geacht om hun functie te vervullen. Van zulke functionarissen mag men verwachten dat zij in staat zijn om een geschikte vertegenwoordiger uit te kiezen. Het aanwijzen van een ongeschikte vertegenwoordiger kan bovendien aansprakelijkheid meebrengen (art. 2:9 BW, welk artikel via art. 2:259 BW ook geldt voor commissarissen), zodat bestuurders en commissarissen de nodige voorzichtigheid zullen betrachten bij het aanwijzen van een vertegenwoordiger.

Los van het voorgaande kan het beperken van de kring van (potentiële) vertegenwoordigers tot medebestuurders en medecommissarissen leiden tot praktische problemen. Denk bijvoorbeeld aan een tweehoofdig bestuur dat wordt gevormd door een bestuurder met diepgaande financiële kennis en een niet-financieel onderlegde bestuurder met kennis van de markt waarin de betreffende vennootschap opereert. Het verlenen van een volmacht door de ene bestuurder aan de andere bestuurder kan in deze situatie voor serieuze problemen zorgen, terwijl het verlenen van een volmacht aan een buitenstaander, bijvoorbeeld bij ziekte, zeer gewenst kan zijn.

## 5. Naar een nieuw criterium?

In par. 4 heb ik uitgewerkt waarom het persoonlijk karakter van de bestuurstaak en het commissariaat in mijn ogen een ongeschikt criterium is om te bepalen of het verlenen van een volmacht in een concreet geval is toegestaan. Ik pleit daarom voor een nieuw criterium met een meer casuïstisch karakter. Het verlenen van een

volmacht is in mijn ogen mogelijk, mits de hierna te noemen grenzen ten aanzien van (a) het karakter van de volmacht en (b) de persoon van de gevolmachtigde in acht worden genomen.

### a. Grenzen aan de mogelijkheid tot het verlenen van een volmacht: het karakter van de volmacht

Allereerst is van belang – een open deur – dat de functionaris door het verlenen van vertegenwoordigingsbevoegdheid niet mag handelen in strijd met dwingend recht. Dit betekent onder meer dat het verlenen van vertegenwoordigingsbevoegdheid niet in strijd mag zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:239 lid 5 BW en art. 2:250 lid 2 BW). Van het verlenen van vertegenwoordigingsbevoegdheid in strijd met dit belang is bijvoorbeeld sprake als een evident ongeschikte vertegenwoordiger wordt aangewezen.

In de tweede plaats ligt voor de hand dat een functionaris geen vertegenwoordigingsbevoegdheid mag verlenen als dit door de statuten wordt verboden.<sup>27</sup> De statuten zouden de vertegenwoordigingsrelatie ook op andere wijze kunnen beïnvloeden. Zo neem ik aan dat de duur en omvang van de volmacht statutair kunnen worden begrensd. Statutaire bepalingen mogen niet worden doorkruist; per geval moet worden beoordeeld of volmachtverlening is toegestaan. Zo wordt een statutaire meerhandtekeningenclausule (art. 2:240 lid 2 BW) ongeoorloofd doorkruist als de bestuurders elkaar over en weer een doorlopende volmacht geven tot het vertegenwoordigen van de vennootschap.<sup>28</sup> Een statutaire beletregeling (art. 2:244 lid 4 BW en art. 2:252 lid 4 BW) wordt ongeoorloofd doorkruist als een functionaris een volmacht geeft met het oog op het ontstaan van een beletsituatie, of terwijl sprake is van een beletsituatie.<sup>29</sup> Wie de taken van een

27. In een oude druk van het Handboek houdt men rekening met de omstandigheid dat zulks in de statuten is bepaald. Zie W.C.L. van der Grinten, *Van der Heijden Handboek voor de Naamloze Vennootschap naar Nederlands recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962/232, p. 421.

28. F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*. (Recht en Praktijk, ONR4), Deventer: Kluwer 2013, p. 273. Zie ook P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/236, p. 507, Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/331 en D.F.M.M. Zaman, *WPNR* 2016/7092, p. 93. Vgl. C.J. Groffen, 'Volmacht aan een bestuurder', *TVVS* 1998/99; volgens Groffen kan het verlenen van een volmacht aan een bestuurder ingeval van een meerhandtekeningenstelsel meebrengen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur.

29. Van de doorkruising van een statutaire ontstentenisregeling kan geen sprake zijn. Bij ontstentenis is het bestuur immers niet voltallig (*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3 (MvT), p. 95) en de vertegenwoordigingsrelatie eindigt voor wat betreft de vertegenwoordiging van de bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder op het moment dat de bestuurder niet meer in functie is.

bestuurder of commissaris in een beletsituatie waarneemt, wordt immers bepaald door de oprichters (art. 2:177 lid 1 BW) en de algemene vergadering (art. 2:231 lid 1 BW) en niet door de bestuurder of commissaris zelf.<sup>30</sup>

Ten slotte mag de vertegenwoordigingsrelatie niet zo zijn vormgegeven dat de functionaris zijn functie feitelijk overdraagt aan een ander. De rechten en plichten van de functionaris zijn immers onzelfstandig, in die zin dat zij niet voor overdracht vatbaar zijn.<sup>31</sup> Een 'overdracht' van de aan de functie verbonden rechten en plichten is nietig wegens strijd met de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW). Van een feitelijke overdracht<sup>32</sup> van de functie kan sprake zijn als de functionaris een algemene (niet-beperkte), doorlopende volmacht verleent, terwijl hij niet van plan is om de aan zijn functie verbonden rechten en plichten ooit nog zelf uit te oefenen.<sup>33</sup> Anders geformuleerd: er wordt een grens overschreden als het handelen van de gevolmachtigde niet langer een handelen 'namens' de functionaris is, maar een handelen 'in plaats van' de functionaris. In mijn ogen is bij het levenstestament in ieder geval sprake van een niet-toegestane materiële overdracht van het stemrecht.<sup>34</sup> De stemvolmacht in een levenstestament wordt tenslotte verleend voor het geval dat de levenstestateur niet langer in staat is om het stemrecht zelf uit te oefenen.<sup>35</sup> Treedt het levenstestament in werking vanwege de wilsonbekwaamheid van de levenstestateur, dan is herroeping van de stemvolmacht bovendien problematisch (de herroeping van de stemvolmacht, een eenzijdige gerichte rechtshandeling,<sup>36</sup> is op grond van art. 3:34 lid 2 BW vernietigbaar). Het resultaat is dus een ongeoorloofde feitelijke overdracht van het stemrecht.

#### **b. Grenzen aan de mogelijkheid tot het verlenen van een volmacht: de persoon van de gevolmachtigde**

De kring van personen die kunnen optreden als gevolmachtigde is zeer ruim. Wat steeds voor ogen moet worden gehouden, is dat het handelen van de vertegenwoordiger wordt toegerekend aan de vertegenwoordigde.<sup>37</sup> Het niet-voldoen aan een statutaire kwaliteitseis (art. 2:242 lid 2 BW en art. 2:252 lid 1 BW) staat daarom niet in de weg aan het optreden als vertegenwoordiger. Hetzelfde geldt voor het niet passen binnen een profielschets (art. 2:268 lid 3 BW) bij de vertegenwoordiging van commissarissen van een structuurvennootschap. De profielschets ziet namelijk op de samenstelling van de raad van commissarissen in zijn geheel, niet op de individuele commissarissen. Bovendien is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat het feit dat een individuele commissaris niet in de profielschets past, niet betekent dat de raad van

commissarissen niet naar behoren is samengesteld.<sup>38</sup>

Voorts meen ik dat het enkele feit dat een commissaris is benoemd naar aanleiding van een versterkte aanbeveling door de ondernemingsraad van een structuurvennootschap (art. 2:268 lid 6 BW, regelend recht, zie lid 12) niet aan vertegenwoordiging in de weg staat. De versterkte aanbevelingsregeling is in de wet opgenomen om het evenwicht te bewaren tussen de algemene vergadering en de ondernemingsraad.<sup>39</sup> De 'versterkt aanbevolen' commissaris vervult zijn functie in dezelfde onafhankelijkheid en met het oog

30. Van 'belet' is sprake als een bestuurder zijn functie tijdelijk niet *mag* uitoefenen (bijvoorbeeld als hij geschorst is) of als hij zijn functie tijdelijk niet kan uitoefenen (bijvoorbeeld bij langdurige ziekte of verblijf in het buitenland). Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3 (MvT), p. 95. Overigens merkt Dortmund (P.J. Dortmund, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/255, p. 557) terecht op dat met de huidige communicatiemiddelen zelden sprake zal zijn van belet. Zie reeds H. Vlugs, 'Eenige opmerkingen over ontstentenis en belet van bestuurders van Naamloze Vennootschappen', *De Naamloze Vennootschap* 1937, afl. 6, p. 168-170. Overigens kunnen de statuten van de besloten vennootschap nader bepalen wanneer sprake is van belet (art. 2:244 lid 4, laatste zin BW en 2:252 lid 4, laatste zin BW). Als het (gewijzigde) wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II* 2018/19, 34491, 7) wordt aangenomen, is zulks in de toekomst eveneens uitdrukkelijk mogelijk voor naamloze vennootschappen (zie p. 4-5 van laatstgenoemd kamerstuk).

31. Vgl. over aandeelhouders P.J. Dortmund, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/217.1, p. 435.

32. Ik spreek in dit verband van een 'feitelijke overdracht' omdat volmachtverlening geen privaatieve werking heeft. Zie Asser/Kortmann 3-III 2017/68. Van een juridische overdracht van de functie is dus geen sprake.

33. Het verlenen van een 'gewone' doorlopende volmacht hoeft dus geen probleem te zijn, zo lang de functionaris zich maar niet in het geheel terugtrekt.

34. Vgl. over de 'bestuurder krachtens levenstestament' K.A.M. van Vught, WPNR 2018/7210. Van Vught zit meer op de lijn van de persoonlijke taakvervulling.

35. Let wel: het gaat hier om *feitelijke* onbekwaamheid om het stemrecht uit te kunnen oefenen. Van *juridische* onbekwaamheid is hier geen sprake, aangezien de stem van een wilsonbekwame in afwijking van art. 3:34 lid 2 BW geldig is. Van nietigheid is blijkens voornoemd artikel namelijk geen sprake; een stem kan op grond van art. 2:13 lid 1 BW niet worden vernietigd. Zie over de verhouding tussen art. 2:13 lid 1 BW en art. 3:34 lid 2 BW Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/284.

36. J.M. van Anken & R.E. Brinkman, 'Verrassende vragen over het levenstestament: de grenzen van de herroeping van de volmacht', *JBN* 2017, afl. 3, nr. 13, onder verwijzing naar Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/54 (thans Asser/Kortmann 3-III 2017/54).

37. Asser/Kortmann 3-III 2017/1.

38. *Kamerstukken II* 2001/02, 28179, 3 (MvT), p. 34.

39. *Kamerstukken II* 2001/02, 28179, 3 (MvT), p. 8.

op hetzelfde belang (art. 2:250 lid 2 BW) als de andere commissarissen.<sup>40</sup> De gedachte dat een ‘versterkt aanbevolen’ commissaris zich in mindere mate zou kunnen doen vertegenwoordigen, verhoudt zich mijns inziens slecht tot dit uitgangspunt. Bovendien noopt het enkele feit dat een commissaris is benoemd naar aanleiding van een versterkte aanbeveling door de ondernemingsraad niet tot de conclusie dat vertegenwoordiging is uitgesloten. Vertegenwoordiging – ik merkte het hiervoor al op – houdt in dat het handelen van de vertegenwoordiger in juridische zin wordt toegerekend aan de vertegenwoordigde.<sup>41</sup> Waar feitelijk twee verschillende personen handelen, is het in juridische zin enkel de ‘versterkt aanbevolen’ commissaris die handelt.

Hoewel de kring van potentiële vertegenwoordigers ruim is, zijn er een paar twijfelgevallen. Zo kunnen bestuurders en commissarissen zich mijns inziens beter niet doen vertegenwoordigen door aandeelhouders. Het risico bestaat namelijk dat de aandeelhouder-vertegenwoordiger bij zijn vertegenwoordigend handelen onvoldoende afstand neemt van zijn eigen (economische) belangen. De aandeelhouder mag zich bij zijn handelen als aandeelhouder immers (voornamelijk) richten op zijn eigen belang, terwijl hij zich bij zijn handelen als vertegenwoordiger zou moeten richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het is de vraag of de aandeelhouder als gevolmachtigde van een bestuurder of commissaris deze belangen van elkaar kan scheiden. Mogelijk is de tegenstrijdig belangregeling naar analogie van toepassing (zie het slot van deze paragraaf). Kiest de functionaris er toch voor om zich te laten vertegenwoordigen door een aandeelhouder, dan zal hij het handelen van de aandeelhouder nauwlettend in de gaten moeten houden. In het uiterste geval dreigt aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW (welk artikel via art. 2:259 BW ook geldt voor commissarissen).<sup>42</sup>

Bestuurders en commissarissen kunnen beter niet optreden als elkaars vertegenwoordiger. Hoewel bestuurders en commissarissen zich bij de uitoefening van hun functie naar hetzelfde belang richten, schuilt in een andersluidende opvatting het gevaar dat de kwaliteit van het toezicht door commissarissen op losse schroeven komt te staan.

De bestuurder die optreedt als vertegenwoordiger van een commissaris, brengt de onafhankelijkheid van het commissariaat in gevaar.<sup>43</sup> Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij achter zijn eigen bestuursbeleid staat, zodat het de vraag is of hij naar behoren toezicht zal houden namens de vertegenwoordigde commissaris.<sup>44</sup>

De commissaris die optreedt als vertegenwoordiger van een bestuurder, zou toezicht moeten houden op de handelingen die feitelijk door hemzelf zijn verricht.<sup>45</sup> Dit komt de kwaliteit van het toezicht mijns inziens niet ten goede. Overigens wordt in de wet ruimte gelaten voor het verrichten van bestuurshandelingen door een commissaris (art. 2:261 BW); over mijn standpunt kan dus anders worden gedacht.

Naast de hiervoor besproken twijfelgevallen, zijn er een paar ‘harde’ beperkingen. Zoals eerder besproken (par. 2), bestaat de raad van commissarissen uit natuurlijke personen. Rechtspersonen kunnen niet worden benoemd tot commissaris (art. 2:250 lid 1 BW). Ik meen dat rechtspersonen ook niet kunnen optreden als vertegenwoordiger van een commissaris; het optreden van een rechtspersoon als vertegenwoordiger van een commissaris staat op gespannen voet met de achtergrond van art. 2:250 lid 1 BW (zie par. 2 hierboven). Rechtspersonen kun-

40. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/563. Zie ook *Kamerstukken II* 2001/02, 28179, 5 (NV), p. 43.

41. Asser/Kortmann 3-III 2017/1.

42. In dit verband is noemenswaardig dat Blanco Fernández verdedigt dat het aandeelhouderschap een vermoeden van geschiktheid voor het commissariaat met zich meebrengt. De vennootschap moet volgens Blanco Fernández namelijk ‘primaire (...) worden beschouwd als een instrument om de belangen van de aandeelhouders te dienen [en dus] spreekt het voor zich dat aandeelhouders zitting kunnen nemen in het orgaan dat toezicht dient te houden op de realisatie van het vennootschappelijk doel’. Zie J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij nv en bv* (diss. Maastricht; Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 19), Deventer: Kluwer 1993, p. 130-131. Over mijn standpunt kan dus anders worden gedacht.

43. Zie over de vereiste onafhankelijkheid van commissarissen o.m. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/509.

44. Vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/491 over het optreden van de raad van commissarissen bij ontstentenis of belet (art. 2:244 lid 4 BW) van alle bestuurders: ‘Indien commissarissen zijn aangewezen als tijdelijke bestuurders, moeten zij naar ons oordeel hun commissarisfunctie opgeven. De scheiding van de functies van bestuur en toezicht verdraagt zich niet met een vermenging, ook niet indien zij van tijdelijke aard is’. Zie ook best practice 2.3.9 van de Corporate Governance Code 2016: ‘De commissaris die tijdelijk voorziet in het bestuur bij belet en ontstentenis van bestuurders treedt uit de raad van commissarissen om de bestuurstaak op zich te nemen’.

45. Om deze reden acht Blanco Fernández de verenigbaarheid van de bestuursfunctie en de commissarisfunctie uitgesloten. Zie J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij nv en bv* (diss. Maastricht; Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 19), Deventer: Kluwer 1993, p. 129.

nen wel optreden als vertegenwoordiger van een bestuurder.<sup>46</sup>

In de tweede plaats kunnen personen die onder de werking van art. 2:252a BW (*'old boys networks'*) of art. 2:270 BW (werknemers van een structuurvennootschap) vallen, in mijn ogen niet optreden als vertegenwoordiger van een commissaris. Hoewel de handelingen van de vertegenwoordiger in juridische zin worden toegerekend aan de vertegenwoordigde commissaris, brengt een andersluidende opvatting mee dat de doelstelling van art. 2:252a BW<sup>47</sup> en art. 2:270 BW<sup>48</sup> in gevaar wordt gebracht. Personen in dienst van de vennootschap kunnen wel optreden als vertegenwoordiger van een bestuurder. Tot slot meen ik dat art. 2:239 lid 6 BW en art. 2:250 lid 5 BW analoog van toepassing zijn op vertegenwoordigers. Personen met enig tegenstrijdig belang kunnen in algemene zin wel optreden als vertegenwoordiger, maar zij mogen niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over de kwestie waarbij het tegenstrijdig belang speelt. Een analogische redenering is op dit punt noodzakelijk, aangezien het handelen van de vertegenwoordiger wordt toegerekend aan de vertegenwoordigde;<sup>49</sup> de bestuurder en commissaris hebben zelf geen tegenstrijdig belang. Het moge duidelijk zijn dat de toegevoegde waarde van vertegenwoordiging door een gevolmachtigde met tegenstrijdig belang zeer beperkt is. Hoewel bestuurders en commissarissen er in de praktijk waarschijnlijk niet bewust voor zullen kiezen om zich te doen vertegenwoordigen door een gevolmachtigde met een tegenstrijdig belang, zal de volmachtgever nooit volledig op de hoogte (kunnen) zijn van de handel en wandel van zijn vertegenwoordiger. De voorgaande constatering is dus vooral van belang als gaandeweg blijkt dat de gevolmachtigde een tegenstrijdig belang heeft.

Het is niet ondenkbaar dat het (langdurig) optreden van een vertegenwoordiger zorgt voor fricties binnen het bestuur en de raad van commissarissen. Als een functionaris is benoemd met het oog op zijn specifieke persoonlijke kwaliteiten (dit is niet altijd het geval, zie par. 2 en 4) kan men verwachten dat het benoemende orgaan het optreden van een vertegenwoordiger onwenselijk acht. Het benoemende orgaan kan in deze situaties altijd overgaan tot ontslag van de functionaris (art. 2:244 BW en art. 2:254 BW). Om deze situatie te voorkomen – hetgeen met name van belang is voor besloten vennootschappen waar de persoonlijke taakvervulling door bestuurders en commissarissen *werkelijk* voorop staat – zou men de mogelijkheid tot het verlenen van vertegenwoordigingsbevoegdheid statutair kunnen beperken (zie mijn opmerking aan het begin van deze paragraaf, onder letter a).

## 6. Conclusie

In dit artikel heb ik een nieuwe, casuïstische toets geïntroduceerd voor de vertegenwoordiging van bestuurders en commissarissen van besloten vennootschappen. Zoals ik heb uitgewerkt, dient naar mijn mening – behoudens enkele grenzen ten aanzien van het karakter van de volmacht en de persoon van de gevolmachtigde – voorop te staan dat bestuurders en commissarissen zich kunnen doen vertegenwoordigen. Aan de hand van een casuïstische beoordeling kan eenvoudig worden nagegaan of vertegenwoordiging in een concrete situatie mogelijk is. De op het persoonlijke karakter van de bestuurstaak en het commissariaat geënte benadering in de literatuur leidt in de meeste gevallen weliswaar tot een bevredigend resultaat, maar gaat verder dan strikt noodzakelijk is.

46. Maar de vennootschap zelf kan niet optreden als de vertegenwoordiger van een bestuurder. De vennootschap kan immers niet deelnemen aan de besluitvorming binnen de vennootschap. Vgl. voor aandeelhouders P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/212, p. 412.

47. Met art. 2:252a BW is getracht de kwaliteit van het bestuur en toezicht bij rechtspersonen te waarborgen, belangenverstremming te voorkomen en *'old boys networks'* te doorbreken. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31763, 20, p. 3-4.

48. De in art. 2:270 BW genoemde werknemers worden geacht onvoldoende vrij en onafhankelijk te staan tegenover de leiding en het personeel van de vennootschap. Deze werknemers zijn daarom uitgesloten van het commissariaat. Zie *Kamerstukken II* 1969/70, 10751, 3 (MvT), p. 17.

49. Asser/Kortmann 3-III 2017/1.